

PROCESSO - A.I. Nº 279692.0007/01-5
RECORRENTE - ARAPUÁ COMERCIAL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n º 2046-01/01
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 02.02.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0001-11/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. A autuação decorreu do fato de não terem sido apresentados ao fisco os documentos fiscais correspondentes aos lançamentos fiscais. Tese do contribuinte de direito ao creditamento por entender indevida e inconstitucional a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo não deve encontrar amparo, por estar a lei baiana estribada na Lei Complementar 87/96, sob a qual não pesa nenhuma declaração de inconstitucionalidade quanto a esta matéria. Tampouco encontra fulcro na legislação baiana a correção monetária de créditos fiscais. Rejeitadas as preliminares suscitadas, pois correta a tipificação do Auto de Infração, não tendo havido qualquer cerceamento de direito de defesa, bem como não está comprovado nos autos a efetiva existência de ação judicial interposta pelo sujeito passivo em relação à matéria, além do que sua existência não invalida a autuação. Acertada Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 2046-01/01, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente a utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

A Decisão Recorrida – fls. 36 a 40 - foi pela Procedência “in totum” da exigência fiscal, com a seguinte fundamentação, que aqui transcrevemos “*in verbis*”:

Rejeitada a preliminar de nulidade do Auto de Infração por cerceamento da defesa, considerando que os elementos que serviram de base à autuação se encontram anexados ao processo além de terem sido produzidos pelo próprio autuado. Ao contrário do que afirmou o defendente, os dispositivos infringidos estão corretamente indicados no Termo de Encerramento da Fiscalização,

parte integrante do Auto de Infração, não havendo qualquer indicação de disposições de Regulamento anterior ao fato gerador do lançamento. E, por fim:

- 1. o vernáculo utilizado foi o correto: “utilização indevida de crédito fiscal do ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito”;*
- 2. o Auto de Infração deve ser lavrado pelo valor nominal do imposto apurado. A este valor devem ser acrescido os acréscimos tributários e multa, que serão calculados quando do efetivo recolhimento do imposto, como determina os arts. 136, 137, 138 e 915 do RICMS/97. Portanto, não subsiste a afirmativa de que houve afronta ao princípio da segurança jurídica, que norteia o processo administrativo fiscal.*

Tampouco posso considerar a afirmativa de que existe ação judicial impetrada pelo autuado, já que não comprovada.

A fiscalização estadual, durante seus trabalhos, ao analisar o livro RAICMS (anexado cópia) do autuado, constatou que no mês de fevereiro de 2001 foi escriturado o valor de R\$5.000,00 como “credito autorizado” para abatimento do imposto devido do mês em referência. Não sendo apresentada qualquer documentação para embasar o direito a tais créditos, o autuante intimou o contribuinte para que procedesse o seu estorno e recolhesse aos cofres públicos igual quantia, vez que a utilização de crédito extemporâneo, como efetivada, gerou recolhimento a menor do ICMS em igual valor (documento anexado aos autos). Não sendo realizada qualquer uma das duas correções solicitadas, o Auto de Infração foi lavrado.

Ao impugná-lo é que se tem conhecimento da origem de tais créditos extemporâneos, que o autuado entendeu de direito. Segundo o impugnante, a sistemática de apuração do ICMS imposta pelo Estado implica em majoração substancial da carga tributária, ao arrepio das normas constitucionais. Incidindo o imposto sobre o valor da operação de circulação de mercadorias, ou serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e estando neste valor incluída a parcela do ICMS, a legislação estadual estaria acarretando o desvirtuamento total das regras de cálculo dos impostos, cobrando adicional de ICMS, ou seja, cobra imposto sobre imposto. Desta forma, entendeu possuidor legítimo do imposto pago a maior, através da sistemática de apuração adotada pelos Estados da Federação Brasileira. Além do mais, advogou, esta diferença deve ser corrigida monetariamente para que não seja afrontado o princípio da não-cumulatividade do ICMS, na medida que a correção monetária é tão somente a atualização do valor da moeda.

O fundamento da defesa assenta-se na discordância de ser o ICMS um imposto calculado por dentro. Observo que a Constituição Federal reservou à legislação infraconstitucional a forma de cálculo do ICMS, não dispondo se o imposto deveria ser calculado por dentro ou por fora, caso do IPI. A Lei Complementar nº 87/96 em seu art. 13, dispõe:

Art. 13 – A base de cálculo do imposto é:

I - .na saída de mercadorias previstas nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

II – na hipótese do inciso II do art. 12, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

.....
§ 1º Integra a base de cálculo do imposto:

- I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;
- II -

Estas determinações foram recepcionadas pela Lei nº 7.014/96, através do seu art. 17, § 1º e pelo RICMS/97 (art. 52)

Quanto a apropriação da correção monetária, além do contribuinte não ter qualquer direito sobre os créditos apropriados, as normas regulamentares vigentes determina, e se acaso houvesse a configuração de tal direito, que devem ser escriturados pelo seu valor nominal, determinação esta prevista no art. 93, § 2º do RICMS/97.

A defesa alegou ainda que o percentual de 60% da multa aplicada tem cunho confiscatório, sendo imperiosa sua redução para 30%. Não pode esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar este pedido. No caso, essa redução só poderia ser feita ao apelo da equidade e pela Câmara Superior deste Colegiado, devendo o contribuinte preencher determinados requisitos, que não encontro aqui configurados.

Irresignado com o Julgado, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls. 53 a 78 – onde alega, inicialmente, que ocorreu mero descumprimento de obrigação acessória pela não apresentação dos documentos fiscais embasadores dos créditos, e como no presente Auto de Infração está a se exigir imposto deve ser decretada a nulidade do lançamento de ofício, posto que sua motivação não tem nexos com a finalidade do ato que seria o pagamento do imposto com multa por descumprimento de obrigação principal. Alega, ainda, que o Auto de Infração é nulo por ter ocorrido cerceamento do direito de defesa, pois a seu ver a tipificação do ilícito tributário é genérica indicando a existência de descumprimento de obrigação acessória, quando está certo de que se trata de violação à obrigação principal.

No mérito, reitera suas alegações defensivas de que é inconstitucional a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, por entender que a regra trazida pela Lei Complementar 87/96 viola a constituição, por importar em elevação injustificada da alíquota deste imposto, de competência do Senado Federal, mediante Resolução, e o infringir o princípio da não cumulatividade do imposto. Alega, ainda, violação ao princípio da capacidade contributiva, citando e transcrevendo posições doutrinárias e decisões jurisprudenciais.

Assevera que a matéria da autuação foi objeto de Ação Declaratória de nº 140.01.814442-2, interposta em 27.04.2001 na 9ª Vara de Fazenda deste Estado, e reconhece que por equívoco não efetuou a prova desta alegação quando da apresentação da defesa. Afirma ser confiscatória a multa aplicada, e requer sua redução em percentual de 20% a 30% que entende mais razoável.

A PROFAZ, em Parecer de nº1061/01 – fl. 88 – manifesta-se pelo Improvimento do Recurso, por entender que a peça recursal é uma cópia da defesa, e o voto da Relatora de Primeira Instância analisou todos os pontos questionados e ora repetidos, nada de novo tendo sido apresentado à lide.

VOTO

Inicialmente devemos de logo refutar as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, posto que inatacável a Decisão de Primeira Instância ao considerar correta a tipificação do ilícito tributário cometido pelo sujeito passivo. Efetivamente a infração cometida foi a utilização indevida de crédito, tipificada no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conforme descrito na peça inicial do PAF. Tal infração é punível com a multa de 60% do valor do crédito fiscal indevidamente utilizado, sem prejuízo do seu estorno, ora efetuado neste Auto de Infração. Não há, portanto, que se falar em mero descumprimento de obrigação acessória, mas sim em descumprimento de obrigação principal, pois o valor indevido do crédito fiscal se converte em débito fiscal ao efetuarmos o seu estorno, conforme previsão legal.

Não é crível que o sujeito passivo, e principalmente o seu patrono, olvide que o direito ao crédito fiscal condiciona-se a determinados requisitos formais, dentre eles a apresentação do documento fiscal idôneo, onde conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, para fins de comprovação da regularidade e legitimidade do valor do crédito a ser utilizado – conforme preceituam os arts. 91 e 92 do RICMS/97, que encontram lastro legal nos arts. 44 a 50 da Lei nº 7.014/96, lei baiana do ICMS acima citada, consentânea com as disposições da LC 87/96 (vide art. 23) .

Ora, verificando o preposto fiscal que fora efetuado lançamento a crédito no livro de Apuração do ICMS do contribuinte, sem que se apresentasse o lastro para tanto, intimou o contribuinte a comprovar a legitimidade destes créditos (vide fl. 8) , ou seja, os documentos fiscais que o embasaram, intimação esta não atendida, o que ensejou a lavratura do presente lançamento de ofício. Onde, portanto, irregularidade a eivar o Auto de Infração de nulidade?. Foi apenas um mero descumprimento de obrigação acessória, como quer fazer crer o recorrente? Óbvio que não!. O que houve, e é reconhecido claramente pelo próprio sujeito passivo, foi o lançamento a crédito de valores aleatórios, sem atendimento aos requisitos legais e regulamentares para tanto, e que importou em falta de recolhimento ou recolhimento a menos do imposto no mês em que foi lançado. Assim, presente descumprimento de obrigação principal, e não acessória.

Nem tampouco há que se falar em cerceamento de direito de defesa, pois o sujeito passivo amplamente o exerceu, mostrando-se sabedor da imputação que lhe estava sendo feita, tanto que a reconheceu, e apresentou, inclusive, demonstrativo, consubstanciado em planilhas, dos valores que entende como legítimos a título de crédito fiscal.

No que pertine à alegação de existência de ação declaratória que teria sido interposta pelo sujeito passivo em relação à matéria ora em apreciação, é necessário que se esclareça inicialmente que a cópia da petição acostada aos autos pelo recorrente (vide fl. 79) não comprova que se trata de ação sobre a matéria objeto deste Auto de Infração. Aliás, sequer constata-se neste documento apensado, a correlação com o número da ação citada pelo recorrente na peça recursal. Em segundo lugar, a comprovação da existência de ação judicial sobre a matéria objeto deste Auto de Infração não o invalida ou tem o condão de nulificá-lo.

Ressalte-se, por oportuno, que a data que teria sido interposta a suposta ação judicial, teria sido em 26.04.2001, quando já havia, portanto, se iniciado a ação fiscal (iniciada em 09.04.2001) e mais grave, já havia sido expedida intimação específica para que o contribuinte efetuasse o estorno do crédito fiscal utilizado indevidamente e recolhesse o imposto devido, conforme constata-se às fls. 08 do PAF. O que demonstra, a nosso ver, que somente após a ação fiscal iniciada é que o sujeito passivo buscou a guarida do Judiciário para seu procedimento.

No mérito, o próprio recorrente reconhece o cometimento do ilícito tributário, tanto na peça defensiva quanto na peça recursal. Suas alegações de nulidade, como vimos acima, não mereceram guarida, restringindo-se, no mérito, a alegar violação a princípios constitucionais, que, entendemos, não se encontra presente, posto que a exigência fiscal encontra lastro na própria Carta Magna, na Lei Complementar do ICMS e na legislação ordinária baiana. A nosso ver, viola o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto aquele que utiliza valores como crédito fiscal sem que tenha havido débito de imposto na operação anterior ou o utiliza em valores superiores a este efetivo débito, procedimento seguido pelo sujeito passivo.

Assim, como os dispositivos já citados anteriormente vedam o uso dos créditos fiscais, sem atendimentos ao requisitos neles previstos, nem tampouco permite a correção monetária dos mesmos, correta está a exigência fiscal, além do que, o art. 37 da Lei nº 7014/96 multicitada, é expresso aos determinar que o montante do imposto integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, determinação esta que encontra fulcro no art. 13, §1º, inciso I, da Lei Complementar 87/96.

Por outro lado, frise-se, o Poder Judiciário, a quem cabe a manifestação sobre a constitucionalidade das leis, em controle difuso ou concentrado, não se manifestou pela inconstitucionalidade dos diplomas legais acima citados em relação à matéria aqui tratada, daí porque não nos cabe pronunciamento e nem negar aplicação e vigência aos mesmos.

Quanto à alegação de que a multa aplicada é confiscatória, também merece ser rechaçada, visto que o percentual estabelecido é compatível com o ilícito cometido, não se vislumbrando, assim, nenhuma pecha de confiscatoriedade, pois cabe ao legislador graduá-la de acordo com a natureza e gravidade da infração cometida, e de fato a utilização de crédito fiscal sem lastro legal importa em diminuição ou até mesmo falta de recolhimento do imposto, trazendo graves prejuízos ao Erário, que fica desfalcado de receita para cumprir com o papel social do Estado, além do que, como o contribuinte de fato é quem arca com o tributo, o sujeito passivo, ao proceder da forma discutida neste Auto de Infração, beneficiou-se em detrimento daquele.

Em relação ao pedido de redução de multa, apenas as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas pelo órgão julgador administrativo, caso que não se aplica ao presente PAF, e ainda assim se presentes os requisitos dispostos no art. 158 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano. A dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal apenas poderão correr ao apelo da equidade, e tem competência para tanto apenas a Câmara Superior, e desde que atendidos os requisitos do §1º do art. 159 do diploma regulamentar ora citado.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo-se, assim, inalterada a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279692.0007/01-5, lavrado contra **ARAPUÃ COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.000,00**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ R. COELHO LINS DE ANDRADE SENTO SÉ - REPR. DA PROFUZ